# L'EMULAZIONE DEL *TRUST* IN FRANCIA

DANIELA PAPPADÀ

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La disciplina della *fiducie* - 2.1. Le modifiche apportate dalla *loi de modernisation de l'économie* (*LME*): l'apertura alle persone fisiche - 2.1.1. *segue*: …e dall'*ordonnance* n. 2009-112: la *fiducie-sûreté* - 3. La proprietà "fiduciaria" - 4. Qualche riflessione.

1. Dopo quasi vent'anni e vari ripensamenti[1], la Francia ha accolto la *fiducie* nel proprio ordinamento, disciplinandola espressamente[2] agli artt. 2011-2030 del *code civil*[3].

La lettura dei lavori preparatori della legge n. 2007-211[4] appare subito rivelatrice: il testo adottato è il frutto di "limature" che lo hanno reso meno ambizioso di quello proposto dal senatore Marini[5] il quale, nel febbraio 2005, affermava che occorreva "*tradurre sotto questi tratti il trust*[6]".

---

[1] Dagli inizi degli anni '90 si sono succeduti vari progetti di legge aventi ad oggetto la disciplina della *fiducie*; il più delle volte essi sono stati bocciati perché l'istituto veniva ritenuto pericoloso e tendenzialmente elusivo. V. tra gli altri A. GAMBARO, *Il trust in Italia e Francia* in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco, La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, in P. CENDON (a cura), Milano, 1994, p. 497 e ss.

[2] L'ordinamento francese conosceva già altre forme di *fiducie* c.d. *innommées*; si pensi -tra le altre- alla *vente à réméré* (artt. 1659 e ss. *code civil*), alla *cession Dailly* (artt. L 313-23 e ss. *code monétaire et financier*) e alla *titrisation de créances* (artt. L 214-13 e ss. *code monétaire et financier*).

[3] V. Y. EMERICH, *Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la* common law*: entre droits des contrats et droits des biens*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 2009, p. 49; S. UGOLINI, *Il trust e la nuova legge francese sulla* fiducie, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, p. 309-331; F. BARRIÈRE, *La legge che istituisce la fiducia: tra equilibrio e incoerenza* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, p. 124-134; A. BERLINGUER, *Trust et fiducie en Italie*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 600; C.A. MARCOZ (Consiglio nazionale del notariato), *Il trust in Francia: prime osservazioni sulla legge francese istitutiva della "fiducia"*, n. 2007-211 del 19.02.07, Studio 1-2008/A; *La fiducie, mode d'emploi*, dossiers pratiques, F. Lefebvre, 2007.

[4] *Loi* n. 211 du 19.02.07 in *JORF*, 21.02.07, p. 3052.

[5] «*Le texte de la proposition de loi, tel qu'il a été adopté par les sénateurs et déposé sur le bureau de l'assemblée national, ne porte pas une ambition aussi large que la version initiale de M. Philippe Marini, ni même que les conclusions de la commission des lois du Sénat, loin s'en faut. Il traduit une vision économique de la fiducie en laissant de coté ses aspects civilistes, ce qui place la France au rang des curiosités en la matière*». Così l'Assemblea Nazionale nel rapporto n. 3655, *rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n. 3385) adopté par le Sénat*, http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r3655.asp.

[6] «*Outre les délocalisations, d'autres facteurs incitent à fournir à la France un régime cohérent de fiducie, traduisant sous ces traits le* trust». V. *Proposition de loi instituant la fiducie*, presentata dal senatore Philippe Marini nella seduta del 8.02.05, http://www.senat.fr/leg/ppl04-178.html.

A sostegno della sua proposta, il senatore richiamava la diffusione di strumenti giuridici analoghi al *trust* anche in paesi di *civil law*[7] e l'impossibilità per la Francia di restare ancora "isolata": ciò che favoriva la delocalizzazione di operazioni economiche verso Paesi giuridicamente e fiscalmente più attraenti[8]. Il senatore Marini delineava così un contratto[9] attraverso il quale qualunque soggetto avrebbe potuto trasferire a persone fisiche e giuridiche (fiduciari) diritti di ogni genere con finalità di gestione, garanzia o trasmissione a titolo oneroso[10]. Il fiduciario sarebbe divenuto proprietario dei diritti trasferiti e la *fiducie* avrebbe creato una proprietà "modellata"[11].

Ma già nell'ottobre 2006 l'obiettivo inizia a mutare e diviene preminente creare uno strumento giuridico sicuro[12]. Inoltre, si afferma la convinzione che l'istituto

---

[7] «*Certains pays de tradition romano-germanique parviennent à un résultat équivalent à celui du trust avec la pratique, consacré soit par la jurisprudence, soit par la loi, de la fiducie*». V. *Proposition de loi instituant la fiducie*, *cit.*

[8] V., sul punto (su http://www.senat.fr/index.html), l'intervento del Ministro dell'economia (*Thierry Breton*) nella discussione del 7 febbraio 2007 «*La France ne pouvait demeurer en retrait. L'ouverture des frontières et l'internationalisation des échanges rendaient indispensable de créer, dans notre droite, un outil comparable à celui que les entreprises et les investisseurs sont habitué à trouver dans d'outres droits*» e la relazione che accompagna la proposta di legge del senatore Philippe Marini del 8 febbraio 2005, V. *Proposition de loi instituant la fiducie*, *cit.* «*L'ouverture des frontières a donné lieu à certaines délocalisations d'opérations économiques vers des pays plus attrayants d'un point de vue fiscal ou juridique. Au cours de ces dernières années, en effet, on a pu constater que les entreprises françaises, lorsque le besoin s'en faisait sentir, n'hésitaient pas à utiliser le mécanisme du trust, en effectuant, en toute légalité, leurs opérations juridiques dans les États connaissant l'institution. Ces délocalisations ne sont pas souhaitables économiquement, car des richesses quittent la France parfois exclusivement à cause d'une lacune du système juridique*».

[9] Al contratto di *fiducie* si sarebbero applicati i principi generali del diritto delle obbligazioni tra cui quelli del contratto in favore di terzo. V. *Proposition de loi instituant la fiducie*, *cit* : «*Le droit commun de la stipulation pour autrui aura vocation à s'appliquer*».

[10] L'impianto primigenio della *fiducie* non vedeva limitazioni né dal punto di vista dei soggetti (i costituenti e i fiduciari) né da quello delle finalità. V. art. 2062 *code civil* così come previsto nella *Proposition de loi instituant la fiducie*, *cit.* «*La fiducie résulte d'un contrat par le quel un constituant transfère des droits de toute nature à une personne physique ou morale dénommée fiduciaire, à charge pour elle de les administrer ou d'en disposer au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires conformément aux stipulations du contrat à des fins de gestion, de garantie ou de transmission à titre onéreux, exclusivement ou cumulativement. Le transfert s'opère dans un patrimoine d'affectation, appelé patrimoine fiduciaire, distinct du patrimoine personnel du fiduciaire et de tout autre patrimoine fiduciaire, le fiduciaire devenant titulaire ou propriétaire des droits transférés*».

[11] «*Cette définition prévoit en outre que le transfert aura lieu dans un patrimoine séparé du patrimoine personnel du fiduciaire et que les biens transférés seront grevés d'une charge de gestion. La fiducie crée une forme de propriété modelée; elle n'est donc pas la création d'un nouveau droit réel ; on ne pourra pas lui objecter une éventuelle atteinte à un numerus clausus des droits réels. La propriété fiduciaire, contrairement au droit anglais, n'implique pas de dédoublement de la propriété, aucun droit réel n'étant conféré au bénéficiaire de la fiducie*».V. *Proposition de loi instituant la fiducie*, *cit.*

[12] Da qui la previsione di una restrizione per il ruolo dei fiduciari che vengono individuati unicamente in soggetti sottomessi a regole di controllo e trasparenza assai stretti (quali banche, assicurazioni, imprese di investimento). V., a questo proposito, il Senato nel *rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Philippe Marini instituant la fiducie,* http://www.senat.fr/rap/l06-011/l06-011.html, in cui si legge «*Contrairement à la proposition de loi, votre commission estime qu'à l'heure actuelle des éléments importants font défaut pour que la qualité de fiduciaire soit ouverte à toute personne physique ou morale. Il lui*

fiduciario non deve imitare il *trust* ma essere una "*fiducie à la française*" in quanto *"ne s'agit pas de remédier à la carence du droit français en important "tel quel" le trust anglo-saxon...que est marqué par l'empreinte de la* common law*, système fort éloigné de notre droit, ce dernier puisant ses racines dans le droit romain*"[13].

L'intento pare chiaro: occorre creare un antagonista del *trust* che abbia caratteristiche sue proprie visto che il sistema anglosassone è lontano ed estraneo. L'idea del senatore Marini è, dunque, ribaltata: i tratti della *fiducie* non devono essere quelli del *trust* ma quelli di un istituto squisitamente francese, ancorato alla sua tradizione giuridica.

Su queste basi, nel febbraio 2007, l'Assemblea Nazionale -seppur insoddisfatta del testo giunto all'approvazione[14]- ritiene quest'ultima un atto necessario[15].

2. La *fiducie* è l'operazione (conclusa contrattualmente[16], per atto notarile in caso di beni indivisi o coniugali[17] o per legge[18]) attraverso la quale uno o più soggetti[19]

---

*semble nécessaire de limiter cette qualité à des personnes soumises à des règles de contrôle et de transparence strictes et présentant des garanties réelles en termes de solvabilité. Elle vous propose, en conséquence, de réserver la fonction de fiduciaire, pour l'essentiel, aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement ainsi qu'aux entreprises d'assurance. Elle estime néanmoins que, dans l'avenir, et en fonction des souhaits exprimés par les professions juridiques réglementées, il conviendra de réfléchir à la possibilité pour celles-ci d'exercer une activité de fiduciaire ».* V. anche la limitazione per i costituenti che devono risiedere necessariamente nell'Unione Europea: *«Afin qu'un contrôle réel puisse être exercé sur l'activité des fiducies constituées par le droit français, votre commission vous propose de limiter la possibilité de constituer une fiducie de droit français aux seules personnes résidant dans un Etat de l'Union européenne ou dans un Etat ayant conclu une convention fiscale prévoyant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale».*

[13] «*S'agissant de l'institution d'une fiducie "à la française", une précision me paraît d'abord devoir être apportée: il ne s'agit pas de remédier à la carence du droit français en important "tel quel" le* trust *anglo-saxon. Une telle option n'est ni envisageable ni souhaitable, tant le* trust *est marqué par l'empreinte de la* common law*, système fort éloigné de notre droit, ce dernier puisant ses racines dans le droit romain […]*». V. Pascal Clément**,** *Ministre de Justice, 17.10.2006* http://www.senat.fr/seances/s200610/s20061017/s20061017005.html.

[14] «*Le rapporteur considère qu'à ce titre, l'Assemblée nationale ne peut prendre la responsabilité d'empêcher l'aboutissement de la réforme qui lui est proposée, même si elle l'estime insuffisante*». V. Assemblée Nationale n. 3655, *Rapport fait au nom de la commission des lois*, *cit.*

[15] «*L'adoption conforme des dispositions déjà votées par le Sénat est le plus sûr moyen de permettre à la fiducie à la française de voir enfin le jour, quitte à ce qu'elle fasse ultérieurement l'objet des aménagements législatifs à l'évidence nécessaires*». V. Assemblée Nationale n. 3655, *Rapport fait au nom de la commission des lois*, *cit.*

[16] La legge non richiede una forma specifica, ma si può ragionevolmente ritenere che si tratti di quella scritta visto che l'art. 2019 *code civil* stabilisce che il contratto di *fiducie* deve essere registrato entro un mese dalla stipula e che l'art. 2018 *code civil* prevede che, nel medesimo contratto, debbano essere inseriti, a pena di nullità, una serie di elementi (v. nota n. 23).

[17] V. art. 2012 *code civil.*

[18] V. art. 2012 *code civil.*

[19] È stato abrogato l'art. 2014 *code civil* che prevedeva: «*Seules peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. Les droits du constituant au titre de la fiducie ne sont ni transmissibles à titre gratuit, ni cessibles à titre onéreux à des personnes autres que des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés*». V. *infra* par. 2.1.

trasferiscono beni, diritti o garanzie, presenti o futuri, a uno o più fiduciari che agiscono -tenendo questi beni distinti dal proprio patrimonio personale- per il perseguimento di un fine determinato o a vantaggio di uno o più beneficiari[20].

L'istituto francese richiede, dunque, due elementi: un trasferimento avente una determinata finalità e la creazione di un patrimonio separato[21].

Il trasferimento avviene dal costituente al fiduciario (soggetti che, pertanto, non possono coincidere[22]) a vantaggio di un beneficiario (che non è parte del contratto e può essere designato anche in un momento successivo[23]) ed ha durata limitata nel tempo (non superiore a 99 anni dalla sottoscrizione del contratto[24]). Il costituente, salvo disposizione contrattuale contraria, può in qualsiasi momento designare un terzo che ha i suoi stessi poteri ed il compito di assicurare la realizzazione degli interessi individuati al momento del trasferimento[25].

Il patrimonio separato è determinato, a pena di nullità, nel contratto di *fiducie*[26]. Per effetto della separazione, esso non può essere aggredito né dai creditori del fiduciario né da quelli del beneficiario né da quelli del costituente. I primi non possono giovarsi di una massa patrimoniale che entra a far parte del patrimonio del loro debitore solo per un lasso di tempo determinato e per uno scopo individuato[27]. I secondi, per la durata del contratto, possono intraprendere ogni misura conservativa che il beneficiario ometterà di adottare e, solo al termine della *fiducie*, possono reclamare il trasferimento del patrimonio fiduciario al loro debitore[28]. Gli ultimi non vantano alcun diritto sul patrimonio separato salvo tre casi: quando sono titolari di un diritto di seguito derivante da una garanzia anteriore al contratto di *fiducie*[29], se sono

---

[20] V. art. 2011 *code civil*.

[21] V. nota n. 66.

[22] Non vi è nessuna disposizione in tal senso mentre è espressamente prevista, all'art. 2016 *code civil*, la possibilità che lo stesso costituente o il fiduciario siano beneficiari della *fiducie*.

[23] V. art. 2018 *code civil*: «*Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité: 1. Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futures, ils doivent être déterminables; 2. La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat; 3. L'identité du ou des constituants; 4. L'identité du ou des fiduciaires; 5. L'identité du ou des bénéficiaires ou, à default, les règles permettant leur désignation; 6. La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition*».

[24] V. art. 2018 *code civil*.

[25] Se il costituente è una persona fisica, non può rinunciare a questa facoltà. V. art. 2017 *code civil*.

[26] Il contrato contiene la descrizione dei beni, diritti e garanzie presenti trasferiti e di quelli futuri (che devono essere determinabili), v. art. 2018 *code civil*.

[27] Neppure l'apertura di una procedura concorsuale nei confronti del fiduciario colpisce il patrimonio fiduciario, v. art. 2024 *code civil*.

[28] Non vi sono disposizioni a questo proposito, ma pare plausibile ritenere che detti creditori possano porre in essere l'*action oblique* (art. 1166 *code civil*) visto che, in pendenza di contratto, sono riconosciute loro altre facoltà (v. art. 2027 *code civil*) e che la disciplina generale applicabile è quella del contratto a favore di terzo. V. nota n. 9.

[29] V. art. 2025 *code civil* I al.

vittime di frode[30] e quando il costituente ha trasferito i beni nel periodo cd. sospetto[31]. Il patrimonio fiduciario è, in sostanza, destinato solo ai creditori della *fiducie* ma l'effetto segregativo non è pieno[32]. In caso di insufficienza della massa fiduciaria, i creditori della *fiducie* possono infatti rivalersi sul patrimonio del costituente. Quest'ultimi possono, però, rafforzare la segregazione prevedendo[33] che il passivo fiduciario sia limitato al solo patrimonio della *fiducie* oppure disponendo che tutto o parte del passivo sia a carico del fiduciario ma, in entrambi i casi, ciò deve essere accettato[34].

2.1. Per effetto della *loi de modernisation de l'économie* (LME[35]), anche le persone fisiche possono trasferire beni, diritti o garanzie in *fiducie*[36] e anche gli avvocati possono essere fiduciari[37].

La contestualità dell'apertura a persone fisiche e avvocati non è casuale; si è anzi ritenuto che la presenza dell'avvocato possa -in qualche misura- tutelare la persona fisica che compie un'operazione di *fiducie*[38]. Non si può non cogliere in questi assunti la presenza di una sorta di timore, ritrosia o finanche sospetto nei confronti

---

[30] V. art. 2025 *code civil* al. I; i creditori potranno agire in revocatoria con l'*actio pauliana* di cui all'art. 1167 *code civil*.

[31] Si tratta del lasso di tempo che intercorre tra la data di cessazione dei pagamenti e il giudizio che apre una procedura concorsuale, v. art. L 632-1 n.9 *code de commerce*.

[32] V. tra i primi, F. TRIPET, *Some thoughts on French-style trusts*, in http://www.il-trust-in-italia.it/Formazione/Congressi/convegno_2007/Tripet_Relazione_Convegno_Roma.pdf.

[33] L'art. 2025 *code civil* fa salva una diversa disposizione contrattuale; v. testualmente «*En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire. Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée*».

[34] V. art. 2025 *code civil*.

[35] V. *Loi* n. 776 du 04.08.08 in *JORF*, 5.08.08 p. 12471. A. NERI, *Un'altra tappa nel percorso della* fiducie *francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, p. 595-598.

[36] V. nota n. 19. Sono stati modificati anche gli artt. 2029 e 2030 *code civil*; il primo prevede tra le ipotesi di conclusione del contratto la morte della persona fisica, il secondo precisa che -in caso di morte del costituente- il patrimonio torna di diritto in successione.

[37] V. art. 2015 II al. *code civil* e art. 6.2.1 del Regolamento Interno Nazionale della professione (*RIN*). Quest'ultimo articolo, rubricato "attività di *fiduciaire*", è stato introdotto con la decisione n. 2009-001 del 24.04.09 (pubblicata in *JORF*, 12.05.09, p. 7875) presa dal *Conseil National des Barreaux* in applicazione delle disposizioni dell'art. 21-1 della l. n. 71-1130. J. LEROYER, *Fiducie - personnes physiques - avocats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, p. 381, J.J. UETTWILLER, *Avocat et fiducie*, in *Droit et patrimoine*, 2009, n. 179, p. 26-30, D. PAPPADÀ, *L'avvocato*-fiduciaire, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2012, p. 135-138.

[38] Al pari della presenza del notaio in caso di beni coniugali o indivisi (v. nota n. 17) posti in *fiducie*. Il notaio «*devra veiller a ce que les constituants bénéficient des informations nécessaires quant aux conséquences*" visto che questo contratto «*peut avoir de lourdes conséquences*». V. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance* n. 2009-112, in *JORF*, 31.01.09, p. 1851.

dell'istituto[39]. Allo stesso tempo, questa diffidenza spiega le ragioni per cui il legislatore ha meticolosamente disciplinato le ipotesi di costituzione di *fiducie* da parte di una persona fisica[40] ed ha ribadito le caratteristiche che deve avere l'avvocato-*fiduciaire*.

Quest'ultimo non perde la qualità di avvocato[41], deve indicare espressamente il suo ruolo di *fiduciaire* ai terzi in tutta la corrispondenza[42] ed è tenuto al rispetto delle norme della cassa dei regolamenti pecuniari degli avvocati (cd. Carpa)[43] e del segreto professionale[44]. In base al principio di indipendenza[45], il professionista deve concepire

---

[39] Sempre nell'ottica di "controllare" un'operazione potenzialmente pericolosa, il decreto n. 2010-219 ha dato attuazione all'art. 2020 *code civil* istituendo il registro nazionale delle *fiducie* nel quale il contratto deve essere inserito entro un mese dalla stipula presso l'ufficio delle imposte del luogo di residenza del fiduciario. V. decreto n. 2010-219 del 02.03.10 in *JOFR*, 04.03.2010, p. 4442; D. PAPPADÀ, *Il registro francese delle* fiducie, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, p. 391-395.

[40] V. in questo senso, le previsioni degli artt. 2012 (in punto di beni coniugali o comuni), 2017 (in punto di nomina del protettore) e 2372 1-5 (in caso di *fiducie-sûreté* e di *recharge*) del *code civil*. Le disposizioni vengono "in soccorso" del costituente, potremmo dire, in via preventiva e successiva. Alcuni elementi devono essere menzionati obbligatoriamente nel contratto di *fiducie* al fine di garantirgli una perfetta conoscenza della portata della sua obbligazione. In via successiva viene corretto l'effetto di un eventuale inadempimento escludendo che il beneficiario possa trattenere un bene il cui valore sia superiore al credito garantito senza indennizzare il debitore.

[41] Ciò è confermato *a contrario* dall'art. 2029 *code civil*, modificato dalla stessa *LME*, prevedendo che il contratto di *fiducie* termina se l'avvocato-*fiduciaire* è sospeso, radiato o cancellato dall'albo. In senso analogo l'obbligo di formazione continua specifica nelle materie legate all'esecuzione degli obblighi fiduciari assunti, così come previsto nel RIN all'art. 6.2.1.5 alinea 4. V., sul punto, C. DELLANGNOL, *Les règles déontologiques et professionnels,* in *Profession Avocat* le magazine, 2009, n. 11, p. 23.

[42] Una corrispondenza sprovvista della menzione "ufficiale" indirizzata all'avvocato fiduciario da un collega non avvisato di questa qualità, rimane confidenziale e coperta dal segreto professionale. V. art. 6.2.1.3 RIN.

[43] Il tema della corretta e trasparente gestione contabile è particolarmente sentito in Francia dove, dal 1957, è sorta la cd. Carpa allo scopo di accentrare i depositi di fondi ricevuti dai clienti e di controllare ogni movimento di cassa di tali fondi. V. F. TORIELLO, *La professione forense in Francia* in A. BERLINGUER (a cura), *La professione forense: modelli a confronto,* Milano, 2008, p. 54 e ss. Conformemente a questo principio., anche le attività dell'avvocato-*fiduciaire* devono essere oggetto di una contabilità distinta dai suoi conti professionali e personali e dal suo sotto-conto Carpa. V. art. 6.2.1.5. Quest'ultima si fonda, del resto, sulla nozione di mandato che è incompatibile con un meccanismo, com'è quello della *fiducie*, in cui vi è un trasferimento patrimoniale. Probabilmente, la professione dovrà nel tempo verificare la necessità di creare una struttura di raccolta simile alla Carpa che potrà essere un mezzo supplementare per controllare l'attività fiduciaria degli avvocati. V. S. TANDEAU DE MARSAC, *L'avocat et la fiducie*, in *Gaz. Pal.*, 6.08.2009, 4-8; en questions à Stéphane Bortoluzzi, *Fiducie et ventes judiciaires: le règlement intérieur national des avocats modifié*, in *La semaine juridique*, 2009, n. 25, 60-61.

[44] Art. 2 RIN «*L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps*».

[45] Il principio di indipendenza è il primo dei principi del RIN: «*La profession d'avocat est une profession libérale et indépendante quel que soit son mode d'exercice*» (art. 1.1).

il suo ruolo nell'interesse esclusivo del costituente e degli eventuali beneficiari[46] e non può compiere attività di carattere commerciale[47]. Così, per evitare situazioni di conflitto di interesse, l'avvocato designato in qualità di terzo *ex* art. 2017 *code civil*[48] non può appartenere alla stessa struttura di cui fa parte l'avvocato-*fiduciaire*[49]. Lo stesso è altresì investito di responsabilità ed è chiamato ad effettuare controlli contro i traffici illeciti verificando l'identità delle parti contraenti e dei beneficiari effettivi dell'operazione fiduciaria, nonché segnalando le situazioni sospette[50].

Oltre che alle norme deontologiche, l'avvocato-*fiduciarie* è assoggettato a specifici obblighi assicurativi[51]. Si tratta dell'ipotesi, più generale, di copertura per i rischi derivanti da negligenze ed errori commessi nell'esercizio dell'attività fiduciaria[52] e di quella più specifica, stipulata a vantaggio di chi spetta, per i casi di mancata restituzione dei beni, diritti o garanzie affidati all'avvocato[53]. L'intera disciplina[54]

---

[46] Il professionista non deve essere sospettato di prestare attenzione alla remunerazione di altri partecipanti all'operazione. Del resto, la natura della missione fiduciaria implica una totale trasparenza tanto delle modalità di calcolo e della determinazione di questa remunerazione che della sua fatturazione V. art. 6.2.1.5 RIN il quale prevede che «*dans le contrat de fiducie, la rémunération de l'avocat doit être distingue de celles des autres intervenants*».

[47] Il dibattito ha rilanciato la riflessione sulle incompatibilità. Secondo P. Berger (Presidente della *Commission des règles et usages du Conseil National des barreaux*), la condizione dell'avvocato è differente da quella per cui «*à l'origine, l'interdiction de l'activité commerciale était justifiée par le risque de la faillite, incompatible avec la dignité de l'avocat puisqu'elle pouvait entraîner des sanctions civile ou pénales*». Oggi, non è più così netta l'«*opposition entre le commerçant supposé animé par un esprit de lucre, et le professionnel libéral censément désintéressé*». V. C. DELLANGNOL, *cit*, p. 22.

[48] V. art. 2017 *code civil*: «*Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant. Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté*».

[49] V. art. 6.2.1.5 RIN.

[50] V. artt. L. 561-2 e L. 561-3 *code mon. fin.* V. K. BOUGARTEV- A. GAUDIN, *La fiducie à l'épreuve de la lutte contre le blanchiment de capitaux*, in *Rev. dr. bancaire financier*, 2007, p. 36.

[51] Deve comunicare, per iscritto, al proprio consiglio dell'ordine la volontà di svolgere l'attività di *fiduciaire*. V. art. 123 del decreto n. 91-1197 del 27.11.91 (in *JORF*, 28.11.1991, p. 15502, disciplina della professione forense) così come modificato dal decreto n. 2009-1627 del 23.12.2009 (in *JORF*, 26.12.09, p. 22310) e dal decreto n. 2011-1319 del 18.10.2011 (in *JORF*, 20.10.11, p. 17716). La sottoscrizione di una polizza assicurativa deve essere provata producendo al consiglio dell'ordine di appartenenza, a cadenza annuale, un'attestazione che indichi il valore della copertura assicurativa accordata e il suo periodo di validità. Nello stesso senso il *Conseil National des Barreaux* ha previsto che l'avvocato-*fiduciaire* deve comunicare la sottoscrizione di una assicurazione speciale per garantire tanto la sua responsabilità civile professionale quanto la restituzione dei fondi, effetti, titoli e valori interessati, v. art. 6.2.1.2 RIN.

[52] Art. 205 del decreto n. 91-1197(in *JORF*, 28.11.1991, p. 15502).

[53] Art. 209-1 del decreto n. 91-1197 (in *JORF*, 28.11.1991, p. 15502). Da ultimo, la l. n. 2010-1249 ha previsto un'alternativa alla assicurazione a vantaggio di chi spetta ed ha autorizzato gli avvocati a sottoscrivere garanzie finanziarie sulle quali pare impresso un vincolo di destinazione (v. art. 70 della legge n. 2010-1249 del 22.10.2010 in *JORF*, 23.10.2010, p. 18984). Dette garanzie sono infatti dirette alla restituzione dei beni, diritti o garanzie trasferite nell'ambito del contratto di *fiducie*. V. artt. 210-1 e

riflette l'esigenza di responsabilizzare l'avvocato-*fiduciaire* al punto che è la stessa legge a prevedere, in capo al garante dell'avvocato, l'obbligo di avvisare direttamente il costituente ed il beneficiario dell'avvenuta cessazione della garanzia[55].

2.1.1. Nel 2009 un altro intervento legislativo ha chiarito le finalità che possono essere perseguite con la *fiducie*[56]. Fermo il divieto di istituire *fiducie-libéralité*[57], gli articoli 2372 1-5 e 2488 1-5 del *code civil*[58] hanno stabilito espressamente che la *fiducie* può fungere da garanzia (*sûreté*), oltre che da mezzo di gestione[59].

La proprietà di un bene mobile (o immobile) o di un diritto può, in virtù di un contratto di *fiducie*[60], essere ceduta a titolo di garanzia di un'obbligazione[61]. Se infatti -

---

212 del decreto n. 91-1197, *cit.* Le stesse garanzie devono rispettare dei limiti fissati dalla legge al di là dei quali l'avvocato può comunque decidere di sottoscrivere un'assicurazione volontaria supplementare o complementare; v. nuovo art. 216-1 del decreto n. 91-1197, *cit.*

[54] La stipula di assicurazioni *ad hoc* da parte dell'avvocato-*fiduciaire* è stata ritenuta fondamentale tant'è che gli interventi legislativi sul punto sono stati molteplici. Sin dall'inizio, la *LME* si è premurata di modificare la legge n. 71-1130 del 31.12.1971 (in *JORF*, 05.01.1972, p. 131) di riforma delle professioni giuridiche, prevedendo assicurazioni specifiche per gli avvocati-*fiduciaires*. V. art. 27 IV alinea della legge n. 71-1130 (così come modificato dalla *loi de modernisation de l'économie* e dalla legge n. 2010-1249 del 22.10.2010 in *JORF*, 23.10.2010, p. 18984): «*Les responsabilités inhérentes à l'activité de fiduciaire et aux activités visées au deuxième alinéa de l'article 6 et à l'article 6 bis sont supportées exclusivement par les avocats qui les exercent ; elles doivent faire l'objet d'assurances spéciales qui sont contractées à titre individuel ou collectif, dans les conditions fixées par la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance ou, pour l'activité de fiduciaire, de garanties financières*».

[55] V. art. 223 del decreto n. 91-1197 come modificato dal citato decreto n. 2011-1319.

[56] L'art. 2011 *code civil* risulta generico sul punto in quanto rinvia semplicemente a un "*but déterminé*".

[57] V. art. 2013 *code civil.*

[58] V. ordonnance n. 2009-112 del 30.01.2009 in *JORF*, 31.01.09, p. 1854. G. NOTTE, *Ordonnance n. 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la* fiducie, in *La semaine juridique-édition entreprise et affaires*, 2009, n. 7, p. 5-8.

[59] F. BARRIÈRE, *La fiducie-sureté*, in *La semaine juridique – édition entreprise et affaire*, 2009, n. 36, p. 18 ; M. QUERE, *La fiducie sûreté plus attractive?* in *Dewey & Lebœuf, Sur la planète finance*, *février-mars* 2009; Entretien à A. GOURIO, La *fiducie-sureté*, in *Recueil Dalloz*, 2009, n. 28, p. 1944; P. DUPICHOT, *La fiducie-sûreté en pleine lumière*, in *La semaine juridique,* 2009, 14, p. 23-27; P.M. LE CORRE, La fiducie-*sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement*, in *Recueil Dalloz*, 2009, 13, p. 882-883; F.X. LUCAS – M. SENECHAL, *Fiducie vs Sauvegarde*, in *Recueil Dalloz*, 2008, 1, p. 29-30; R. DAMMANN – G. PODEUR, *Le nouveau paysage du droit des sûretés: première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession*, in *Recueil Dalloz*, 2008, 33, p. 2300-2305 ; A. CERLES, *La fiducie, nouvelle reine des sûretés?* in *Rev. dr. bancaire et financier*, 2007, p. 29-32.

[60] In quest'ipotesi, il contratto deve indicare a pena di nullità, oltre alle disposizioni previste all'art. 2018 *code civil* (v. nota n. 23), il debito garantito e il valore del bene trasferito nel patrimonio fiduciario (v. art. 2372-2 *code civil*). Il predetto valore deve essere determinato da un esperto (scelto di comune accordo o giudiziariamente) salvo che non risulti da una quotazione su mercato regolato o che il bene sia una somma di danaro. V. art. 2372-3 e 2488-3 *code civil.*

[61] V. artt. 2372-1 e 2488-1 *code civil.* In deroga all'art. 2029 *code civil*, la morte del costituente non pone fine ad un contratto di *fiducie-sûreté*.

in assenza di stipulazione contraria- il pagamento del debito non viene eseguito alla scadenza del contratto, il fiduciario (che sia anche creditore) acquisisce la disponibilità del bene o del diritto ceduto in garanzia. Viceversa il fiduciario che non sia anche creditore deve (se richiesto) rimettere il bene al creditore che può disporne o, se il contratto lo prevede, vendere il bene o il diritto ceduto e trasferire il prezzo della vendita. Resta salvo l'obbligo di versare al costituente una somma uguale alla differenza tra il valore del bene e l'ammontare del debito garantito[62]. La proprietà ceduta in applicazione dei predetti artt. 2372-1 e ss del *code civil* può essere ulteriormente "segregata" in garanzia di debiti diversi da quelli indicati nell'atto costitutivo della *fiducie* purché sia ivi espressamente previsto. La cd. *recharge* consente infatti al costituente di offrire la medesima proprietà in garanzia ad un altro creditore distinto dall'originario, anche se quest'ultimo non è stato pagato[63].

3. La *fiducie* si risolve, sostanzialmente, in un trasferimento della titolarità di alcune posizioni con finalità di garanzia o gestione. Il legislatore francese non definisce il fiduciario come un proprietario[64] né qualifica, almeno nel *code civil*, i beni in *fiducie* come un patrimonio separato o segregato[65]. Solo le disposizioni contabili lo

---

[62] V. art. 2372-4 *code civil*.

[63] V. art. 2372-5 *code civil*. Quando un bene è trasferito in un patrimonio fiduciario, è nell'interesse del costituente poter separare una parte del valore del bene in garanzia di un nuovo credito dopo aver, per esempio, rimborsato una parte del credito iniziale o quando il valore del bene è superiore al credito iniziale garantito. Questo meccanismo, permettendo di evitare che sia "sprecato" il credito, consente di massimizzare la ricchezza ma, così facendo, si opera una deroga al principio dell'accessorietà visto che l'estinzione del debito iniziale non comporta necessariamente la fine della *fiducie*. La *recharge* è solo una facoltà e, pertanto, le parti devono prevederla nel contratto di *fiducie* con le stesse condizioni di forma, registrazione e iscrizione.

[64] In realtà un emendamento presentato dal senatore Marini è stato bloccato dal *Conseil Constitutionnel*. V. *infra* nota n. 84.

[65] Si tratta, del resto, delle convinzioni che si ritrovano nei lavori preparatori all'introduzione della l. 2007-211. In questo senso, v. *Proposition de loi instituant la fiducie*, *cit*, dove si legge «*Les droit transférés vont former un "patrimoine séparé", distinct du patrimoine personnel du fiduciaire […] il s'agit donc d'un patrimoine d'affectation […] si le patrimoine demeure unique, une confusion des droits en résultera, puisqu'aucun ne pourra être distingué. Par opposition, si différentes masses de droits peuvent être formées, alors une séparation des différentes droits peut être atteinte. L'enjeu de l'obtention de cette séparation est évident. Elle permet d'assurer la protection du bénéficiaire*». Così anche il Senato nel *rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Philippe Marini instituant la fiducie, cit*, dove è scritto che la *fiducie* è un'operazione particolare dal punto di vista civilistico in quanto «*la spécificité de l'opération fiduciaire réside également dans le fait que le transfert des biens se fait au profit, non du patrimoine personnel di fiduciaire mais d'un patrimoine séparé de son patrimoine propre, qualifié de "patrimoine fiduciaire". La notion de patrimoine d'affectation peut apparaitre à bien des égards inconciliable avec celle de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine retenu per le droit français. Or, avec la fiducie, le fiduciaire est en réalité titulaire d'au moins deux patrimoines: d'une parte, son patrimoine propre, d'autre part, un patrimoine fiduciaire. Il peut même être en pratique titulaire de plusieurs patrimoines fiduciaires s'il est désigné fiduciaire par plusieurs actes juridiques distincts*». Ancora parla di "particolarità" l'Assemblea Nazionale nel rapporto n. 3655, *cit.*, «*les biens mis en fiducie relèvent d'un statut patrimonial un peu particulier, dans la mesure où ils constituent un patrimoine d'affectation*

definiscono "*patrimoine d'affectation*" e sembrano riconoscere una sorta di smembramento della proprietà in quanto si legge: "*en raison du transfert de la propriété juridique tel qu'organisé par la loi, les actifs et passifs faisant l'objet du contrat de fiducie sont transférés du patrimoine du constituant dans la fiducie, qui constitue un patrimoine d'affectation séparé du patrimoine propre du fiduciaire, au sein duquel ils feront l'objet d'une comptabilité autonome*"[66].

Chi è, dunque, il fiduciario? In che rapporto è con il patrimonio trasferito[67]?

L'introduzione della *fiducie* ha suscitato il fermento della dottrina francese[68] attorno alla natura della cd. proprietà fiduciaria ed al suo rapporto con quella ordinaria contenuta all'art. 544 *code civil*[69].

Vi è chi ritiene che la proprietà fiduciaria non abbia né il contenuto né le caratteristiche di quella "ordinaria" la quale è, piuttosto, ricchezza e poteri[70]. Il fiduciario non fa, infatti, suoi i frutti della *fiducie* né può alienare i beni a suo profitto o godere di eventuali plusvalenze[71]; inoltre i suoi poteri sono delimitati dal contratto e la

---

*séparé du patrimoine personnel du fiduciaire. La notion de patrimoine d'affectation recouvre deux éléments fondamentaux: un but, qui fonde l'affectation du patrimoine, et un maitre le droit française s'accommodant mal d'un droit sans titulaire […] la plupart des pays qui ont adopté un régime de fiducie a choisi une organisation reposant sur la séparation des patrimoines du fiduciaire […] il reste que le concept de patrimoine d'affectation entre en contradiction avec le principe d'unité et d'indivisibilité du patrimoine que le droit française promeut depuis le XIX siècle […] il convient en outre d'insister sur le caractère* ad tempus *de l'effet translatif de la propriété et, partant, du dédoublement patrimonial concernant le fiduciaire pour relativiser l'entorse ainsi faite à un principe qui, au demeurant, ne manque pas d'exceptions*». Gli artt. 2012, 2018-1, 2021, 2023, 2025 *code civil* parlano di "*patrimoine fiduciaire*".

[66] V. art. 12 della legge n. 2007-211 e il regolamento CRC (Comitato di regolamentazione contabile) n. 2008-01 del 03.04.2008 relativo al trattamento contabile delle operazioni di *fiducie*.

[67] Interessante l'esame dell'art. 2011 *code civil* fatto dall'Assemblea Nazionale nel rapporto n. 3655, *cit*., in cui è scritto «*il s'agit là de la consécration juridique de la notion, nouvelle par notre droit, de patrimoine d'affectation. Jusqu'au présent, en droit français, seules les personnes juridiques possédaient un patrimoine et toutes n'avaient qu'un seul et unique patrimoine. Avec l'adoption de cette disposition, le fiduciaire deviendra titulaire d'au moins deux patrimoines distincts*».

[68] V. M-E. ANCEL la quale, nella prefazione del manuale "*La fiducie dans tous ses états*", Dalloz, 2011, p. 1-2 afferma che "*la fiducie est un excellent exemple de la capacité des droits de traditions civiliste à se réinventer*".

[69] *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*

[70] V. M. GRIMALDI, *La propriété-fiduciaire* in *La fiducie dans tous ses états*, *cit*, p. 5 e ss., L. KACZMAREK, *Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération*, in *Recueil Dalloz*, 2009, 1845.

[71] In caso di *fiducie gestion*, la ricchezza rimane al costituente; se si tratta di *fiducie-sûreté* il beneficiario si giova del credito ma non della proprietà fiduciaria che non aggiunge ricchezza. Sulla scorta di questi assunti, si spiegano anche due disposizioni che derivano dalla natura stessa della *fiducie*: gli artt. 2025 e 2024 *code civil* secondo cui, rispettivamente, il patrimonio fiduciario è "*gage*" dei soli creditori della *fiducie* e l'apertura di una procedura concorsuale contro il fiduciario non ha effetto sul patrimonio fiduciario.

sua missione è gravata da un obbligo di rendiconto[72]. Il fiduciario ha, quindi, una proprietà a prerogative variabili e temporanea[73].

La proprietà fiduciaria è però esclusiva, al pari di quella ordinaria. Nella *fiducie gestion*, nessuno (se non il fiduciario) può gestire il bene che è sottratto all'azione del costituente o del beneficiario[74] mentre, nella *fiducie-sûreté*, nessuno (se non il fiduciario) può ottenere il pagamento del suo credito a valere sul bene considerato. Se, dunque, è uno solo il carattere che accomuna la proprietà fiduciaria a quella ordinaria, si giustifica -secondo questa dottrina- la prudenza del legislatore che non ha voluto definire la *fiducie* come un contratto traslativo della proprietà ed ha preferito parlare di trasferimento di beni, diritti e garanzie visto che si tratta di un contratto di garanzia o di servizi piuttosto che di scambio di beni[75]. Si sarebbe potuto parlare di "*propriété juridique*" (che conferisce poteri) del fiduciario e di "*propriété économique*" (che conferisce ricchezza) del beneficiario ma i tempi non erano ancora maturi[76].

Dall'altra parte, vi è chi sostiene che quella fiduciaria è una proprietà finalizzata ma non per questo smembrata[77]. Il legislatore pare non aver voluto riconoscere diritti reali al beneficiario della *fiducie* che è tutelato dalla presenza di un patrimonio separato[78]. Lo smembramento implicherebbe il riconoscimento di due forme di proprietà differenti su un medesimo bene e ciò sarebbe un ritorno alle proprietà simultanee dell'*Ancien Régime* abbandonate dal *code civil*.

---

[72] V. art. 2022 *code civil*.

[73] La proprietà fiduciaria non è perpetua (al pari di quella ordinaria) e non solo per l'espresso divieto legislativo (v. art. 2018 *code civil*, nota n. 23) ma anche per la natura stessa di una missione od operazione fiduciaria. Nella *fiducie gestion*, essa dura il tempo della gestione; nella *fiducie-sûreté*, essa dura sino allo spirare del termine per l'adempimento, anche se il debitore non adempie; il creditore, in questo caso, non si limita a conservare la proprietà fiduciaria del bene ma ne acquisisce quella ordinaria che si sostituisce alla prima. V. artt. 2372-3 e 2488-3 *code civil*, nota n. 60.

[74] In questo si può rinvenire il carattere che distingue la *fiducie* da un mandato visto che il fiduciario gestisce il bene come un proprietario ordinario che è in grado di escludere chiunque altro dalla gestione del bene.

[75] «*La fiducie est fondamentalement un contrat de service […] cette particularité vient du droit romain: la* fiducia *se présentait comme un transfert volontaire et solennel de propriété (*mancipatio*) auquel était adjoint un pacte (*pactum fiduciae*) […] c'est donc par l'association, au sein d'une même opération juridique d'un transfert de propriété assorti de différentes finalités que l'on peut reconnaitre le mécanisme fiduciaire*». V. rapporto n. 3655, *cit*.

[76] V. testualmente M. GRIMALDI, *La propriété-fiduciaire*, *cit*, p. 8: «*Mais les esprits n'étaient pas mûrs pour accueillir un tel éclatement de la propriété*».

[77] P. CROCQ, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire* in *La fiducie dans tous ses états*, *cit*, p. 9 e ss.

[78] Ci sono due modi per proteggere i diritti dei beneficiari: il primo riconosce al beneficiario un diritto reale sui beni (che può essere opposto ai creditori personali del fiduciario) e contiene in sé una distinzione tra due forme di proprietà (*legal ownership* e *equitable ownership*); il secondo riconosce al beneficiario un diritto di credito nei confronti del fiduciario e il beneficiario sarà protetto attraverso l'affermazione della teoria del patrimonio segregato (per impedire ai creditori personali del fiduciario di poter aggredire i beni messi in *fiducie*).

4. La Francia sembra voler evolvere in direzione opposta al principio dell'unicità del patrimonio, sancito agli artt. 2284 e 2285 *code civil*[79], aprendo a forme di separazione patrimoniale[80]. La scelta di dotarsi di un antagonista del *trust* -dettata da ragioni squisitamente economiche[81]- sta comportando un mutamento o forse, più semplicemente, sta imponendo il confronto con l'idea che la proprietà può non essere più solo quella contenuta all'art. 544 *code civil*[82]. Del resto, questo codice riconosce oggi che essa può essere fiduciaria, temporanea e finalizzata.

L'evoluzione, con molta probabilità, è destinata a continuare se è vero che solo per una ragione formale è stato bloccato l'emendamento[83] con il quale il legislatore voleva prevedere espressamente che il beneficiario della *fiducie* ha un diritto in termini economici (che equivale ad un diritto di proprietà) e che il fiduciario ha la proprietà "fiduciaria" dei beni che non è quella ordinaria ma una nuova, una proprietà "gravata"[84].

E del resto non è solo il *code civil* ad essere interessato da questo cambiamento. Da gennaio 2011 è stata introdotta nel *code de commerce* la figura dell'*entrepreneur individuel à responsabilité limitée* ossia di colui il quale voglia esercitare un'attività (professionale,

---

[79] *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* (art. 2284 *code civil*). *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* (art. 2285 *code civil*).

[80] Non è mancato chi si è espresso in senso contrario ai patrimoni separati ritenendo che il principio di unicità del patrimonio sembri molto più ben promettente. Del resto la *fiducie* e l'*EIRL* (v. nota n. 86) che avrebbero dovuto "mettere in crisi" il principio di unicità del patrimonio non lo hanno fatto. La teoria del patrimonio segregato presuppone la creazione di molteplici patrimoni autonomi e indipendenti che richiedono una perfetta "impermeabilità". Quest'ultima è più che relativa (v. art. 2025 *code civil* e artt. L. 621-2 al.3, L. 643-11, L. 651-2, in caso di frode L. 643-11, creditori professionali L. 526-6 al. 2, L. 526-13 e personali (L. 526-6, L. 526-9, L. 526-12 al. 8, L. 526-13) e ciò lascia pensare che il principio di unicità del patrimonio continui ad esercitare una forza attrattiva. V. M. MEKKI, *Le patrimoine aujourd'hui*, in *La semaine juridique*, 2011, p. 1258 e ss.

[81] V. nota n. 8.

[82] V. nota n. 69.

[83] *Amendement* del 26.05.09 che prevede un nuovo comma dell'art. 2011 *code civil* in base al quale «*le fiduciaire exercice la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie*». Attraverso la *fiducie* sarebbe permesso, sempre secondo il sen. Marini, l'uso del *sukuk*, strumenti finanziari (es. obbligazioni) rappresentativi di un diritto di comproprietà indiretta su degli attivi appartenenti al soggetto emittente. Il rispetto delle previsioni coraniche si può avere solo se il titolare del *sukuk*, il beneficiario della *fiducie*, dispone di un diritto equivalente in termini economici a un diritto di proprietà sugli attivi posti nel patrimonio fiduciario (V. *Project, propositions et rapports* n. 322 in *La semaine juridique*, 2009, n. 26, p. 10). Con un tale emendamento si otterrebbe un duplice obiettivo: spingere in Francia la finanza cd. islamica e rispettare il divieto coranico degli interessi. V. F. BOURABIAT, *Finance islamique en France: éclairage sur les nouvelles opportunités offertes aux investisseurs*, in *Rev. dr. bancaire financier*, 2009, 24 ; G. SAINT MARC, *Émission de* sukuk *en droit français: l'apport de la fiducie* in *La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 81 e ss.

[84] V. *Conseil Constitutionnel*, décision n. 2009-589 del 14.10.09, reperibile su http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision.45861.html.

commerciale, agricola ed artigianale) destinando a ciò una massa patrimoniale ben definita (professionale) distinta ed impermeabile[85] rispetto a quella personale così da preservare da azioni esecutive tutto il suo patrimonio[86].

Parrebbe, dunque, confermata la tendenza verso una generale "emulazione" del *trust* o di strumenti di separazione patrimoniale da parte di paesi di *civil law*, con tutte le imprescindibili differenze derivanti dall'appartenenza ad un sistema giuridico diverso[87]. In Francia, conformemente alla tradizione romano-germanistica[88], il fenomeno (la *fiducie*) si inserisce nel quadro contrattuale e si concreta in un trasferimento di beni che pare non comportare uno smembramento di proprietà[89]. La

[85] Per questo istituto il principio sancito in via generale soffre di una sola eccezione che si rivolge ai creditori cd. personali i quali, in caso di insufficienza del patrimonio non separato, possono aggredire il beneficio realizzato dall'imprenditore a responsabilità limitata durante l'ultimo esercizio chiuso. Si parla, inoltre, espressamente di "patrimonio segregato" e viene prevista anche l'ipotesi della cessione di esso. V. art. L 526-17 *code de commerce.*; D. PAPPADÀ, *L'EIRL: nuovo esperimento di separazione patrimoniale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, p. 514-520.

[86] V. artt. L526-6 - L526-21 *code de commerce* introdotti dalla legge n. 2010-658 in *JORF* n°0137 del 16.06.2010 p. 10984. La l. n. 2010-658, prima della sua emanazione, è stata sottoposta al vaglio del *Conseil Constitutionnel* per la presunta incostituzionalità degli artt. 9 e 13. Il giudice costituzionale ha colto l'occasione per esaminare d'ufficio anche l'art. 12 e l'art. L526-12 *code de commerce*. I tre articoli (9, 12 e 13) della l. n. 2010-658 sono stati dichiarati incostituzionali in quanto "*cavaliers législatifs*" mentre l'art. L526-12 *code de commerce* ha superato il vaglio di costituzionalità sia pur con una riserva di interpretazione. Secondo i giudici costituzionali, ciascun creditore deve essere informato personalmente della dichiarazione di separazione e della sua facoltà di proporre opposizione. Dalla lettura dei quaderni costituzionali emerge come la situazione di inattaccabilità del patrimonio personale dell'imprenditore *EIRL* abbia suscitato nel *Conseil Constitutionnel* la necessità di verificare il rispetto dei diritti dei creditori nonostante il diritto civile non ricomprenda i crediti nel diritto di proprietà. I giudici costituzionali, nel chiarire il proprio orientamento sul punto e raccordarlo con quello della Corte europea dei diritti dell'uomo, tendono a far entrare i crediti nel campo di protezione costituzionale dell'esercizio del diritto di proprietà. In base a questa decisione, sembrerebbe dimostrato che accanto ad una concezione tradizionale oggettiva della proprietà ne esiste una nuova, soggettiva, che permette al creditore di neutralizzare i poteri del debitore dandogli una sorta di controllo sul patrimonio dello stesso. Proprio secondo questa logica, il legislatore non può autorizzare l'*EIRL* ad opporre il patrimonio segregato ai suoi creditori anteriori alla separazione senza il rispetto di alcune condizioni.

[87] In senso contrario all'opinione diffusa dell'incompatibilità tra il diritto dei *trust* e *civil law* M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, Torino, 2004; ID, *Istituzioni di diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008.

[88] V. nota n. 75.

[89] Anche in Italia, il progetto di legge avente ad oggetto la fiducia delineava un nuovo contratto (la cui disciplina sarebbe stata collocata all'interno del codice immediatamente dopo quella del mandato cui la fiducia è assimilata. V. pag. 29 allegato allo schema di legge comunitaria 2010 in cui si legge che "*l'art. 10 conferisce delega al Governo per integrare la disciplina del contratto di mandato con la nuova figura del contratto di fiducia*"). La fiducia sarebbe dovuta essere "*il contratto con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili*" (A.S. 2322 "*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2010*". V. l. 217 del 15.12.2011 in G.U. 02.01.2011 n. 1. L'art. 12 del disegno di legge

*fiducie* è davvero *à la française*[90] secondo le intenzioni dei lavori preparatori sopra richiamati e non pare assimilabile al *trust*[91].

L'impossibilità di ritenere la *fiducie* un "concorrente" del *trust* non sta tanto (o non solo) nella natura contrattuale dell'istituto o nella scissione proprietaria quanto nell'assenza dei due dati comuni che tutti i tipi di *trusts* devono avere, ossia la segregazione dei diritti oggetto del *trust* nel patrimonio del *trustee* e la posizione di quest'ultimo quale destinatario di obbligazioni fiduciarie[92]. La disciplina francese mostra un gap a tal proposito e rimane da sperare che sia la radice etimologica "*confidence*"[93] a venire in aiuto ed a limitare, attraverso appropriate clausole contrattuali, le "pecche" della legislazione[94].

---

rubricato "*Delega al Governo per la disciplina della fiducia*" approvato dal Senato il 02.02.2011 è stato soppresso dalla Camera il 26.07.2011.). Era inoltre espresso il richiamo alla *fiducie*. A ben vedere, l'individuazione del modello francese sembrava cedere il passo, un attimo dopo, ad una disciplina tutta italiana di trasferimento fiduciario (V., tra le linee guida dello schema di disegno di legge comunitaria 2010, la lett. c) dell'art. 10 c. 6 "*prevedere, quali effetti del contratto, la separazione patrimoniale, la surrogazione del fiduciario e l'opponibilità ai terzi ed ai creditori mediante idonee formalità pubblicitarie riguardanti i diritti e i beni*"). Basti pensare alla posizione del fiduciario che si surroga mentre diviene proprietario secondo il legislatore francese. Ancora, l'ammissibilità della fiducia con finalità liberali si contrappone alla nullità sancita per una *fiducie* con destinazione analoga; la volontà, differente rispetto alla Francia, di realizzare la separazione patrimoniale piena; la possibilità di istituire la fiducia in via testamentaria (V. pag. 10 allegato allo schema di legge comunitaria 2010).

[90] V. nota n. 13.

[91] Rimane aperto il problema del riconoscimento dei *trusts* visto che la Francia ha ratificato la Convenzione de l'Aja del 1° luglio 1985 ma non ne ha mai disposto l'entrata in vigore. L'approvazione della disciplina della *fiducie* non ha accelerato ciò (come da più parti auspicato) ma ha probabilmente allontanato questo momento visto che si legge: «*Il convient en effet de veiller à ce qu'une telle ratification n'emporte pas reconnaissance en France, sans aucun contrôle, de patrimoine d'affectation, créés selon un droit étranger, qui échapperaient aux mesures de transparence imposte aux fiducies françaises et qui pourraient ainsi concurrencer sérieusement cette nouvelle institution*». *Réponse du ministère de la Justice*, JO Senat, 24.01.08, p. 160. V. sul punto, P. DUPICHOT, *Rapport de synthèse*, in *La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 89 e ss. e C. DENEUVILLE, *La réception en France des fiducies étrangères, avancée ou recul?*, *ivi*, p. 51 e ss.

[92] M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001.

[93] M. LUPOI, *Trust and confidence*, L.Q.R., 125, 2009, p. 253 e ss.

[94] F. BARRIÈRE, *The French* fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty*, in *Re-imagining the trust. Trusts in civil law*, Cambridge, 2012, p. 222 e ss. V. nota n. 32-33-34.